

Incumplimiento imperfecto y sus remedios

Imperfect breach and their remedies

Valeria Techera Barreiro^{*-**}

RESUMEN. Generalmente cuando estudiamos el incumplimiento y sus consecuencias y remedios lo hacemos en base a su clasificación en definitivo y temporal. Sin embargo, muchas veces en la práctica nos encontramos ante casos que no se encuentran incluidos en ninguna de estas dos categorías y se nos plantea el problema de determinar cuáles son los remedios que el acreedor, víctima de tal incumplimiento, tiene a su disposición. Nos referimos a aquellos casos en los que el deudor cumple pero de forma defectuosa. Este trabajo tiene por fin estudiar esta categoría de incumplimiento, tratando de delimitar su concepto y sus remedios.

PALABRAS CLAVE. Deudor y acreedor. Derecho Civil. Responsabilidad contractual. Buena fe. Uruguay.

* Abogada. Doctoranda UCA. Aspirante a Profesor Adjunto de Derecho Civil en la Universidad Católica del Uruguay.

** Nota del editor: Este artículo fue presentado con anterioridad a la aparición del *Tratado jurisprudencial y doctrinario sobre incumplimiento de contrato*, La Ley Uruguay, 2013, t. I, de los profesores DE CORES-GAMARRA-VENTURINI, que trata el tema abordado en el capítulo XII.

SUMARIO. 1- Concepto de incumplimiento. 2- Clases de incumplimiento. 2.1- Incumplimiento definitivo, incumplimiento temporal e incumplimiento inexacto o defectuoso. 2.2-Trascendencia de la distinción. 3- Concepto de incumplimiento imperfecto. 3.1-Cumplimiento defectuoso y cumplimiento tardío. 3.2- Incumplimiento imperfecto y vicios redhibitorios. 3.3-Conclusión. Concepto de incumplimiento imperfecto. 4- Regulación del incumplimiento imperfecto en el derecho uruguayo. 5- los remedios del incumplimiento imperfecto. 5.1- La aceptación de la prestación. 5.1.1- *Efectos de la aceptación del cumplimiento defectuoso o parcial*. 5.1.2. *Aceptación del pago defectuoso y buena fe*. 5.2- La rectificación de la prestación. 5.3- La disminución de la contraprestación. 5.4- El rechazo de la prestación. 5.4.1-*La resolución del contrato*. 5.4.2- *¿La ejecución forzada?*. 6- Otros remedios del incumplimiento imperfecto. 6.1- La suspensión temporal de la contraprestación. 7- Incumplimiento imperfecto y excepción de contrato no cumplido. 8- Incumplimiento imperfecto y cláusula penal. 8-1- La regla de la proporcionalidad de la pena. Incidencia en casos de incumplimiento imperfecto. Conclusiones

ABSTRACT. In general, when we study the breach of contract and its consequences and remedies, we refer to the classification into temporary and definitive breach. However, several times, we see cases that are not included in none of these breach classes and we have to determine which are the remedies that creditor, victim of such breach, has at his disposal to solve the situation. We make reference to those cases where the debtor complies with its obligation but in a defective manner. This article has the objective of studying imperfect or defective breach of contract, determining its concept and remedies.

KEYWORDS. Debtor and creditor. Contractual liability. Civil law. Good faith. Uruguay.

1.

CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO

El art. 1448 del CCU define la paga como “el cumplimiento por parte del deudor, de la dación o hecho que fue objeto de la obligación”.

Por su parte, el art. 1458 establece que “la paga, para ser legítima, debe hacerse de la misma cosa debida y no de otra ni su valor, a no ser de consentimiento del acreedor. De otro modo no está obligado a recibirla”.

A partir del concepto de cumplimiento que surge de las normas citadas podemos encontrar una definición de lo que se considera incumplimiento en nuestro derecho. Esto es, si el cumplimiento consiste en que el deudor entrega, realiza o no realiza, exacta y puntualmente lo que se obligó a dar, hacer, o no hacer, el incumplimiento se da siempre que el deudor no cumple con lo acordado tanto sea porque directamente no realizó su prestación, o porque la realizó tarde o porque lo hizo defectuosamente. En este sentido, Gamarra enseña que “habrá incumplimiento no solo cuando el deudor no realizar la prestación debida (...), sino también cuando la prestación se realiza imperfectamente (...) o incluso cuando el deudor se atrasa o demora en el cumplimiento (...).¹

De acuerdo a las reglas que rigen el cumplimiento, el acreedor no está obligado a recibir algo distinto a lo acordado. Es decir, el acreedor tiene, en principio, derecho a no aceptar la entrega, realización o no realización, de algo distinto a lo pactado por parte del deudor. Más adelante explicaremos porqué afirmamos que el acreedor tiene “en principio” este derecho a rechazar el cumplimiento defectuoso del deudor.

¹ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 69

2.

CLASES DE INCUMPLIMIENTO

La doctrina clasifica al incumplimiento en dos categorías, definitivo y temporal. El criterio de distinción de ambos tipos de incumplimiento es para la doctrina mayoritaria, encabezada por Gamarra, la posibilidad o imposibilidad objetiva de ejecución de la prestación. Esto es, el incumplimiento es definitivo cuando existe certeza de que la obligación no podrá cumplirse en el futuro. Cuando la ejecución de la obligación es posible, aunque sea fuera del plazo pactado por las partes, el incumplimiento no es definitivo sino temporal².

Por su parte, Carnelli³, diferencia ambos tipos de incumplimiento basándose en el interés del acreedor. Esto es, aún en aquellos casos en los que la obligación sea posible desde el punto de vista objetivo, el incumplimiento será definitivo si el acreedor perdió interés en el cumplimiento de la prestación. En este trabajo nos basaremos en el criterio de distinción propuesto por la doctrina mayoritaria.

Además de estos dos tipos de incumplimiento, definitivo y temporal, Gamarra, en su Tratado, agrega una tercer clase de incumplimiento al que llama inexacto, explicando que *“esta categoría abarca todos los casos en que el deudor realiza la prestación aunque de forma imperfecta”*.⁴

2.1. INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO, INCUMPLIMIENTO TEMPORAL E INCUMPLIMIENTO INEXACTO O DEFECTUOSO

Como dijimos anteriormente, el incumplimiento es definitivo cuando existe certeza de que la obligación debida no se puede cumplir. Se trata de un dato objetivo, la obligación es o no objetivamente pasible de ser cumplida. En este tipo de incumplimiento no hay posibilidad de cumplimiento futuro (ej. Hipótesis de imposibilidad del pago previstas en el art. 1550⁵ del CCU).

Por su parte, el incumplimiento es temporal cuando siendo aún posible la realización de la prestación, ésta no es realizada en el plazo pactado por las partes. En palabras de Gamarra, el incumplimiento temporal se configura cuando *“la prestación sigue siendo posible,*

² GAMARRA, Jorge, *Responsabilidad Contractual*, T I, FCU, Montevideo, 1996, p. 63.

³ CARNELLI, Santiago “Función y Ubicación de la mora del deudor”, en *ADCU*, T XXIII, FCU, Montevideo, 1993 p. 490.

⁴ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 71.

⁵ GAMARRA, Jorge, *Responsabilidad Contractual*, T I, FCU, Montevideo, 1996, p. 63.

y el deudor “demora” la ejecución (art. 1342) o “retarda” la entrega (art. 1668 inc. 2), nos encontramos ante la inobservancia de la modalidad temporal de la obligación; la obligación debía cumplirse en tal o cual época y el deudor no realiza la prestación”.⁶

El incumplimiento temporal entonces, atañe únicamente al elemento temporal de la obligación. Cuando ésta no se cumple en el momento acordado, pero el deudor tiene la posibilidad de cumplirla de manera tardía.

El incumplimiento es imperfecto cuando el deudor cumple su prestación pero defectuosamente. Esto es, entrega una cosa cualitativa o cuantitativamente diferente a la pactada. La hipótesis de incumplimiento imperfecto o inexacto es difícil de incluir en una de las categorías de incumplimiento anteriormente referidas ya que tiene componentes de ambos tipos de incumplimiento. Por un lado, es definitivo en cuanto la obligación ya fue realizada pero de manera defectuosa, y por otro lado, es temporal en cuanto a que la misma puede ser rectificada y por tanto su cumplimiento, aunque tardío, es aún posible.

El punto está en que el criterio que distingue el incumplimiento temporal del definitivo no es aplicable al incumplimiento imperfecto. Esta última clase de incumplimiento es independiente de las otras dos, y no surge como consecuencia de la aplicación del criterio de la posibilidad o no del cumplimiento futuro de la prestación, sino que surge como una consecuencia inevitable del cumplimiento defectuoso del deudor. La rectificación del incumplimiento inexacto, esto es, el cumplimiento exacto de la obligación, será o no posible dependiendo de cada caso concreto.

2.2. TRASCENDENCIA DE LA DISTINCIÓN

La trascendencia de la distinción entre incumplimiento temporal y definitivo radica en la necesidad o no de la constitución en mora del deudor, lo cual se requiere en el incumplimiento temporal pero no en el definitivo. La mora es ajena al incumplimiento definitivo, ya que siendo ésta una invitación a cumplir, es inaplicable a casos en los que el cumplimiento es imposible.

Otro aspecto trascendente de la distinción radica en los remedios previstos por el legislador para cada hipótesis de incumplimiento. Mientras en casos de incumplimiento temporal el acreedor tiene la opción de pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, en el incumplimiento definitivo la primera de las opciones mencionadas no existe porque por definición, el cumplimiento ya no es posible. Dentro de este aspecto, también existen

⁶ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 66.

diferencias en cuanto a los daños indemnizables en cada caso. En pocas palabras, cuando el incumplimiento es temporal y se reclama el cumplimiento, el acreedor tiene derecho a la reparación de los daños causados por la demora, mientras que en casos de incumplimiento definitivo donde la única opción es reclamar la resolución del contrato, el acreedor tiene derecho a ser indemnizado por todos los daños causados por el incumplimiento (obviamente aquellos daños que reúnan los caracteres de indemnizables conforme a las reglas del art. 1346 del CCU).

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el incumplimiento es inexacto? Como veremos más adelante, el legislador ha previsto remedios especiales para casos en los que el cumplimiento del deudor es defectuoso. Estos remedios exceden los previstos en el art. 1431 del CCU, no se limitan únicamente a la resolución o ejecución forzada del contrato. He aquí entonces la trascendencia de identificar aquellos casos de incumplimiento inexacto, ya que en tales circunstancias el acreedor contará con un abanico de posibilidades mayor para remediar la situación de incumplimiento.

3.

CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO

Dado que como viene de decirse, el incumplimiento imperfecto es una clase especial de incumplimiento y que como tal recibe un tratamiento particular por parte de la ley, resulta sumamente importante delimitar un concepto del mismo.

Como ya dijimos, el incumplimiento es inexacto cuando el deudor realiza la prestación de manera defectuosa, pero ¿en qué consiste cumplir defectuosamente? En este apartado intentaremos dar respuesta a esta pregunta.

Gamarra enseña que el incumplimiento inexacto puede concretarse de dos maneras: cualitativa o cuantitativamente⁷. Consideramos que el incumplimiento es cualitativamente imperfecto cuando se realiza la prestación pero sin cumplir con todas las condiciones acordadas. Por ejemplo cuando se entrega una cosa que no reúne todas las características pactadas. Sin embargo, el incumplimiento es inexacto desde el punto de vista cuantitativo, por ejemplo, en casos de pago parcial (cuando el mismo no fue pactado en el contrato, art. 1459 CC), o cuando el deudor entrega la cosa acordada pero en menor cantidad.

⁷ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 74.

3.1. CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO Y CUMPLIMIENTO TARDÍO

Para comenzar a acercarnos a un concepto de incumplimiento imperfecto debemos, primeramente, aclarar que para que el incumplimiento sea inexacto, la imperfección o defecto del cumplimiento debe radicar en un elemento diverso al temporal, es decir, no es incumplimiento imperfecto sino temporal el cumplimiento de la obligación de manera tardía. Si el deudor realiza la obligación debida, tanto en calidad como en cantidad, pero en un momento distinto al pactado, el cumplimiento no es inexacto sino tardío, y como consecuencia de ello, el acreedor tiene la obligación de aceptar el cumplimiento (siempre que no sea un caso de plazo esencial y no se haya presentado la demanda resolutoria conforme a la posición de Gamarra) y tendrá derecho a reclamar los daños causados por la demora en la ejecución (art. 1341 inc. final).

El art. 1458 establece que la paga debe ser de la misma cosa debida y no de otra ni su valor. Por su parte, el art. 1459 dispone que el deudor no puede obligar al acreedor a recibir por partes el pago de una deuda, aunque sea divisible.

De la lectura conjunta de ambas normas, vemos que el concepto de paga se conforma de dos elementos, uno cuantitativo y otro cualitativo. La paga para ser legítima debe cumplir con la calidad y cantidad pactada. Sin embargo, el elemento temporal no ha sido considerado para determinar la legitimidad o no del cumplimiento. Muy contrariamente, en nuestro sistema, lejos de ser ilegítima la paga tardía, el acreedor está obligado a aceptarla (antes de la demanda resolutoria según Gamarra). Es decir, el deudor puede cumplir legítimamente tarde y el acreedor está por ello obligado a aceptar el cumplimiento.

En síntesis, el cumplimiento fuera de la fecha acordada no lo vuelve imperfecto sino simplemente tardío, siempre y cuando claro está, de que la prestación se cumpla de acuerdo a lo convenido, tanto cualitativa como cuantitativamente. El elemento temporal entonces no forma parte de la definición de incumplimiento imperfecto.

3.2. INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO Y VICIOS REDHIBITORIOS

Otra distinción importante a realizar, es entre incumplimiento imperfecto y vicios redhibitorios, o dicho con otras palabras, es diferente hablar de falta de calidad de la cosa que de vicios ocultos.

Gamarra ha ya enseñado la diferencia entre ambas hipótesis. Mientras la entrega de una cosa que no cumple con la calidad debida se rige por las normas del incumplimiento,

los vicios ocultos responden a un sistema de garantías⁸. Explica el Maestro que “*cuando la cosa vendida es una cosa defectuosa, y cuando el defecto incide sobre el uso, nos encontramos en el dominio de la garantía. La falta de calidad de la cosa se vincula a la determinación del objeto*”.⁹

La importancia de la distinción radica en el régimen jurídico aplicable. Una situación que encuadra dentro de la garantía por vicios ocultos le da al acreedor los remedios previstos para tal garantía: resolución del contrato (acción resolutoria) o rebaja del precio (acción estimatoria). El acreedor no puede pedir el cumplimiento forzado porque nos encontramos fuera del ámbito del incumplimiento, ni puede hacer uso de la excepción de contrato no cumplido, ni puede reclamar en principio la indemnización de los daños y perjuicios (con excepción de los gastos cuando el acreedor opta por la rescisión del contrato). Otra diferencia por demás relevante es el plazo que el acreedor tiene para accionar. Mientras las acciones por vicios ocultos deben ser iniciadas dentro del plazo de seis meses desde que se entregó la cosa, las acciones por incumplimiento tienen un plazo de prescripción de 20 años.

Esta distinción que parece ser tan clara en la teoría se vuelve muy compleja en la práctica, ya que es muy delgada y gris la línea que separa ambos regímenes. A su vez, el breve plazo de caducidad de las acciones redhibitorias muchas veces lleva a que una hipótesis clara de vicios ocultos sea tratada como un caso de falta de calidad de la cosa para permitir la protección del acreedor. Es así que cuando se trata de obligaciones de entregar una cosa, la jurisprudencia tiende a solucionar los problemas unificando ambos regímenes.

De Cores ilustra muy bien este fenómeno citando la sentencia del TAC 6 N° 297/2008. En ese caso, el comprador dedujo acción redhibitoria y pago de multa por haber comprado un auto de 17 hp y haber recibido uno de 14 hp. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción redhibitoria pero no al cobro de multa por entender que estando en el ámbito de las garantías no es procedente la aplicación de la multa por incumplimiento. En cambio, en segunda instancia se confirma la sentencia de primera instancia en cuanto hace lugar al saneamiento por vicios ocultos, pero además se condenó al cobro de la multa por considerar que existió incumplimiento ya que se entregó una cosa de distinta calidad a la pactada.¹⁰

El citado autor en su trabajo en el tomo XL del Anuario explica cómo en el mundo el régimen de los vicios ocultos ha quedado, de alguna manera, absorbido por el del incumplimiento imperfecto, unificándose de esa forma ambas regulaciones. Lo mismo señala Vidal

⁸ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T III, V2, FCU, Montevideo, 2009, p. 115 y ss.

⁹ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T III, V2, FCU, Montevideo, 2009, p.116.

¹⁰ DE CORES, Carlos, “Responsabilidad Contractual por cumplimiento defectuoso”, *ADCU*, T XL, FCU, Montevideo, 2010, p. 896.

en referencia a Chile: *“Una reciente sentencia de la Corte Suprema recoge implícitamente un concepto amplio de incumplimiento, comprensivo, incluso, de los vicios redhibitorios, tratados como un cumplimiento imperfecto que produce unos efectos especiales, distintos de los generales. La sentencia califica a la acción redhibitoria o rescisoria como resolutoria especial. Según el sentenciador no hay vicio oculto, sino cumplimiento imperfecto, que produce los efectos generales de todo incumplimiento, cuando el vendedor no entrega la cosa realmente vendida, sino otra que no reúne los requerimientos del comprador. El vendedor entregó un aliud pro alioy con ello cumple, pero lo hace imperfectamente, infringiendo la regla de art. 1828, que le obliga a la entrega de lo que reza el contrato. En el caso, acción redhibitoria o rescisoria como resolutoria especial. En el caso, el vendedor entrega al comprador sal en una concentración distinta a la por él requerida (sal nitrificada en una concentración de 0,8% y el vendedor entregó sal de cura en una concentración cercana al 8,0%). Apoyado en ese incumplimiento el comprador demandó la resolución del contrato por incumplimiento, más la indemnización de daños conforme el art. 1489 del Código Civil y, subsidiariamente, la rescisión de contrato por vicio redhibitorio. El tribunal falla que la sanción que debe aplicarse al vendedor por entregar una cosa distinta a la debida, que no sirve para el objeto que buscaba el comprador, es la resolución, considerando que el incumplimiento reúne la exigencias del art. 1489 del Código Civil y da lugar, además, a la indemnización de daños”*¹¹.

Sin perjuicio de lo anterior, el tema del incumplimiento imperfecto es mucho más amplio que el de los vicios ocultos, por lo que, aun cuando admitiéramos la unificación de soluciones, nos quedarían situaciones sin resolver, como cuando la obligación no es de entregar una cosa. Esto es claramente apuntado por Vidal, quien al hablar de la falta de atención que el legislador ha dado al incumplimiento imperfecto expresa que *“Esta falta de atención muy probablemente obedezca al modelo de obligación relevante para nuestro codificador, el de las obligaciones de dar específicas, en el que los cumplimientos imperfectos tienden a identificarse con los vicios redhibitorios. Sin embargo, la noción de cumplimiento defectuoso o imperfecto es más amplia que la de vicio redhibitorio, al comprender toda falta de conformidad de la prestación. Los vicios ocultos tienen un ámbito más limitado, se aplican a las obligaciones dar una especie o cuerpo cierto, discutiéndose si alcanzan, o no, a las genéricas. De esta forma, toda anomalía cualitativa de la prestación que no caiga en el ámbito de los vicios ocultos constituye cumplimiento defectuoso y produce los efectos generales del incumplimiento”*.¹²

¹¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013).

¹² VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013).

3.3. CONCLUSIÓN.

CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO

De todo lo expresado en este apartado podemos concluir que: (i) existe incumplimiento imperfecto cuando el deudor cumple su obligación pero de manera defectuosa; (ii) el defecto del cumplimiento debe ser cualitativo o cuantitativo y no solamente temporal; (iii) el incumplimiento imperfecto no se limita a las obligaciones de dar, también puede existir un cumplimiento defectuoso de una obligación de hacer (por ejemplo en caso que se contrate una banda de músicos para que canten diez canciones y éstos canten nueve, o que se contrate a una empresa transportista para que cargue y traslade 1000 toneladas de mercadería y solamente cumpla su obligación respecto de 800 toneladas, etc).

4.

REGULACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO EN EL DERECHO URUGUAYO

El incumplimiento imperfecto o inexacto no ha sido objeto de mayor atención por parte de la doctrina, y sin embargo, tal como dice Alvaro Vidal, es el que mayores problemas acarrea a la hora de encontrar una solución a los conflictos existentes entre los contratantes.¹³

A diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el derecho chileno donde el incumplimiento inexacto está expresamente reconocido por el codificador¹⁴, en Uruguay el legislador ha previsto soluciones especiales para casos específicos de cumplimiento defectuoso pero sin referirse a él de manera genérica.

La referencia más clara al incumplimiento imperfecto en el Código Civil la encontramos en el art. 1848 en sede de arrendamiento de obra, el que establece que si la obra no se verificó en las condiciones debidas, el obrero debe ejecutarla de nuevo o devolver el precio que menos valiese.

Fuera del Código Civil, la Ley de relaciones de consumo hace indirecta referencia al incumplimiento imperfecto en su art. 33 B) estableciendo que ante el incumplimiento del

¹³ VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista", *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013).

¹⁴ Art. 1556 del Código Civil Chileno: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente".

proveedor, el consumidor puede aceptar otro producto o servicio o la reparación por equivalente. Gamarra¹⁵ señala que esta norma es incomprensible ya que otorga al consumidor una opción que ya está prevista por las reglas generales, salvo que se la tome como una solución especial para casos de incumplimiento inexacto. Al decir de DeCores, la ley de relaciones de consumo regula de manera defectuosa el cumplimiento defectuoso.¹⁶

Por otra parte, como bien refiere De Cores, existen previsiones expresas al incumplimiento imperfecto en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercadería, ratificada por nuestro país e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por ley 16.879. Esta norma establece remedios específicos para el cumplimiento defectuoso como la reparación de los productos, la rebaja del precio o la aceptación de los bienes defectuosos e indemnización de los daños y perjuicios.¹⁷

Cabe preguntarse si estas soluciones especiales previstas para determinados contratos y en determinados casos, son aplicables a otras hipótesis no previstas. Gamarra se inclina por una respuesta afirmativa, no solo por razones que derivan de una interpretación analógica o extensiva, sino incluso por la valoración que corresponde a esta especie de incumplimiento.¹⁸

5.

LOS REMEDIOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO

Los arts. 1458 y 1459 consagran el principio general según el cual el acreedor no tiene la obligación de aceptar una cosa diversa a la pactada ni de recibir pagos parciales. Si bien el art. 1458 parece referir únicamente a las obligaciones de dar, es incuestionable que el principio de identidad consagrado en dicha norma es aplicable a todo tipo de obligaciones.¹⁹

Por tanto, el primer remedio con que cuenta el acreedor ante un cumplimiento defectuoso del deudor es rechazar la prestación y reclamar la resolución del contrato, ya que el cumplimiento defectuoso es también incumplimiento.

¹⁵ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 75, citado por DE CORES, Carlos, “Responsabilidad Contractual por cumplimiento defectuoso”, *ADCUT* XL, FCU, Montevideo, 2010, p. 893.

¹⁶ DE CORES, Carlos, “Responsabilidad Contractual por cumplimiento defectuoso”, *ADCUT*, T XL, FCU, Montevideo, 2010 Pág. 893.

¹⁷ DE CORES, Carlos “Responsabilidad Contractual por cumplimiento defectuoso”, *ADCUT* XL, FCU, Montevideo, 2010, Pág. 896.

¹⁸ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 78.

¹⁹ BERDAGUER, Jaime, *Fundamentos del Derecho Civil*, T II, FCU, Montevideo, 2000, p. 211.

Sin embargo, pese a los defectos del cumplimiento, puede ser que el acreedor prefiera aceptar igualmente la realización de la prestación, por ejemplo, para mitigar daños. Es aquí donde existen remedios novedosos. Cuando el acreedor acepta la prestación defectuosa tiene derecho a pedir su posterior rectificación o a solicitar la reducción de la contraprestación.

Gamarra indica que son entonces tres los remedios contra el incumplimiento inexacto: la resolución del contrato, la rectificación de la prestación inexacta y la reducción de la contraprestación.²⁰

5.1. LA ACEPTACIÓN DE LA PRESTACIÓN

5.1.1. Efectos de la aceptación del cumplimiento defectuoso o parcial

Como se dijo anteriormente, ante un incumplimiento imperfecto, el acreedor puede aceptar o rechazar la prestación.

En este capítulo nos centraremos en estudiar los remedios que tiene el acreedor en caso de optar por aceptar la prestación. Un primer problema que se nos presenta es analizar el alcance y efectos de la aceptación de un pago defectuoso o parcial.

La cuestión se plantea cuando el acreedor acepta el pago con defectos sin realizar reserva alguna. La aceptación del pago defectuoso sin reservas, ¿libera al deudor?

La jurisprudencia ha respondido a esta pregunta con dos posiciones antagónicas. Por un lado, quienes sostienen que es una carga del acreedor manifestar su disconformidad con lo recibido por el deudor y la omisión de ello conlleva consecuencias desfavorables a su interés ya que conforme al art. 1466 del CCU la paga extingue la obligación. Por otro lado, se ha sostenido que el art. 1466 refiere a la paga y la paga debe ser de la misma cosa debida, por lo que la aceptación sin reservas no priva al acreedor de reclamar con posterioridad.²¹

Gamarra considera peligrosa la posición jurisprudencial que sostiene que la aceptación del cumplimiento defectuoso sin reservas precluye la facultad de reclamar con posterioridad el cumplimiento, y cita a Realmonte, quien sostiene que únicamente cuando el excepcionante declaró expresamente que se hallaba conforme con la prestación recibida es que no podrá oponer la excepción de contrato no cumplido. Sin embargo, la misma procede cuando el acreedor aceptó sin decir nada o con la reserva de verificar luego.²²

²⁰ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 77.

²¹ GAMARRA, Raúl, *Obligaciones y cuasicontratos*, FCU, Montevideo, 2009, p. 300.

²² GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVIII, FCU, Montevideo, 2006, p. 118.

Por nuestra parte, entendemos que el único cumplimiento que libera totalmente al deudor es el cumplimiento de la cosa debida. El cumplimiento con defectos no libera totalmente al deudor a menos que el acreedor lo libere de forma expresa, ya que, aun cuando el acreedor lo acepte sin reservas, éste tendrá derecho luego a los remedios previstos para el incumplimiento imperfecto que veremos más adelante.

5.1.2 Aceptación del pago defectuoso y buena fe

Si bien la doctrina y parte de la jurisprudencia son contestes en que el acreedor que acepta sin protesta el cumplimiento con defectos mantiene su derecho de reclamar luego, este derecho encuentra su límite en el principio de buena fe, especialmente en el deber de no contradecirse, lo que es conocido como “teoría del acto propio”.

Esto nos lleva a analizar en cada caso la tempestividad de la protesta del acreedor, tanto sea para rechazar el cumplimiento como para reclamar su rectificación o la rebaja del precio. En este sentido explica Gamarra que *“Es cuestión de hecho determinar el tiempo dentro del cual la protesta debe emitirse para ser eficaz; puede suceder, por ejemplo, que la prestación recibida obligue a ciertas diligencias para comprobar su exactitud; si así no fuere habrá que apreciar la tempestividad de la protesta...”*²³

Sería contrario a la buena fe que el acreedor acepte sin protesta el cumplimiento imperfecto y no emita objeción alguna durante un tiempo que conforme a las circunstancias del caso concreto sea suficiente, creando así la confianza en el deudor de que se ha liberado de su obligación y de cualquier otra pretensión del acreedor en relación a dicho cumplimiento, y que posteriormente, cuándo le sea conveniente, el acreedor objete el cumplimiento, tanto sea para rechazarlo como para reclamar su rectificación, indemnización de daños, etc.

Señala Gamarra que el valor de la buena fe en este punto *“no radica principalmente en la incoherencia o contradicción; es inmoral adoptar una conducta que sabe será interpretada como cumplimiento perfecto por parte del deudor (confianza), y mantener oculto el propósito de cuestionarlo posteriormente. De ahí la necesidad de la “carga activa” que impone la buena fe, descubriendo su pensamiento desde el principio; lo censurable es no denunciar de inmediato la irregularidad, y en lugar de ello engañar a la otra parte haciéndole creer que, a su juicio, está cumpliendo correctamente”*.²⁴

Consideramos que cuando el acreedor acepta una prestación pero sin conocer sus defectos, no precluye su legitimación para rechazar luego la prestación, siempre y cuando lo

²³ GAMARRA, Jorge, *Buena Fe Contractual*, FCU, Montevideo, 2011, p. 27.

²⁴ GAMARRA, Jorge, *Buena Fe Contractual*, FCU, Montevideo, 2011, p. 27.

haga en un plazo razonable y en circunstancias acordes a la buena fe. Cabe por ello precisar que los remedios que estudiaremos a continuación refieren a la hipótesis en la cual el acreedor acepta la prestación imperfecta siendo consiente de que la misma es defectuosa.

De acuerdo a todo lo anterior, podemos concluir que en principio, la aceptación de un cumplimiento con defectos por parte del acreedor no precluye su derecho de ejercer luego cualquiera de los remedios que tiene a su disposición ante este tipo de incumplimiento, encontrando como único límite el deber de actuar de buena fe, el que deberá ser analizado en cada caso concreto.

5.2. LA RECTIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN

El derecho del acreedor de reclamar la rectificación de la prestación cumplida de manera imperfecta es uno de los remedios específicos previstos por la ley para el incumplimiento inexacto. Se encuentra regulado en sede de arrendamiento de obra, pero es extendido por la doctrina a todos los casos de incumplimiento imperfecto.

El art. 1848 del CCU establece que una vez culminada la obra *“si resultare no haberse verificado la obra en la forma debida, tiene el obrero que ejecutarla de nuevo (...), con indemnización de daños y perjuicios”*.

La aceptación de la prestación con defectos por parte del acreedor (cuando éste es consiente de los defectos) libera al deudor de su obligación originaria pero puede nacer una nueva pretensión del acreedor tendiente a la rectificación de la prestación imperfecta.²⁵

El acreedor por determinadas circunstancias, como puede ser la mitigación de daños, puede decidir aceptar la prestación con defectos y luego reclamar su rectificación. Por ejemplo, en caso de haber contratado la instalación de un software para un determinado evento y éste es instalado pero no funciona correctamente, el acreedor puede aceptarlo y pagar por él para llevar adelante el evento y reclamar luego su rectificación. El deudor se libera con la instalación defectuosa, pero nace luego otra pretensión del acreedor tendiente a la corrección de los defectos de la prestación e indemnización de los daños causados por el incumplimiento imperfecto.

Cuando el cumplimiento parcial es cuantitativo, se verifica la extinción parcial de la obligación²⁶. El acreedor que acepta un pago a cuenta libera al deudor en relación a la suma entregada pero no así del resto adeudado.

²⁵ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguay*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, Pág. 77.

²⁶ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguay*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, Pág. 77.

5.3.LA DISMINUCIÓN DE LA CONTRAPRESTACIÓN

El segundo remedio previsto para el caso de aceptación de la prestación defectuosa es la disminución de la contraprestación. En efecto, el art. 1848 ya citado establece que *“si resultare no haberse verificado la obra en la forma debida, tiene el obrero que ejecutarla de nuevo o devolver el precio que menos valiese, con indemnización de daños y perjuicios”*.

Gamarra indica que este es un remedio general ya que el legislador recurre al mismo en reiteradas oportunidades. Por ejemplo, en el ámbito del saneamiento por vicios ocultos el acreedor tiene la opción de resolver el contrato o reclamar la reducción de la contraprestación, sea el precio de la compraventa o el alquiler del arrendamiento (arts. 1710, 1717, 1720, 1803). La misma solución está consagrada en caso de imposibilidad parcial fortuita anterior o posterior al contrato (art. 1672 y 1805).²⁷

También podemos citar el art. 1692 del CCU que dispone que el vendedor está obligado a entregar la superficie indicada en el contrato y en caso de que la superficie resulte menor debe completarla, pero si ello no fuere posible deberá rebajar el precio proporcionalmente.

En esta hipótesis, como en la anterior, el deudor se libera, pero puede nacer una nueva pretensión del acreedor tendiente a disminuir la obligación que él tiene a su cargo tomando en consideración los defectos del cumplimiento que recibió.

Es un derecho potestativo del acreedor pedir la rectificación o la disminución de la contraprestación, aunque a veces una u otra no será fácticamente posible en cuyo caso solamente le quedará una de las opciones.

Si por ejemplo la obra que se encargó fue la carga de 3000 toneladas de pescado en un barco para ser trasladadas a China, y se cargaron 2000, el acreedor podrá igualmente aceptar el cumplimiento inexacto y reclamar luego la carga de las 1000 restantes o la rebaja del precio del arriendo en proporción a las toneladas efectivamente cargadas. Si la carga debía ser entregada en una determinada fecha y los compradores chinos no aceptan una entrega posterior, entonces el acreedor solo podrá reclamar la rebaja del precio y no así la rectificación de la prestación. Estamos ante un tema fáctico y no de derechos. El acreedor siempre tiene el derecho de optar pero a veces tal derecho se verá limitado por aspectos prácticos como sucede en el caso anteriormente referido.

²⁷ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 76, nota al pie n° 17.

5.4. EL RECHAZO DE LA PRESTACIÓN

5.4.1. La resolución del contrato

Dado que el incumplimiento imperfecto configura incumplimiento, es de aplicación el art. 1431 que otorga al acreedor la posibilidad de reclamar la resolución del contrato. Ahora bien. En este ámbito rigen los principios generales de la resolución del contrato por incumplimiento. No cualquier incumplimiento autoriza a resolver el contrato sino que éste debe ser grave. Por tanto, para resolver el contrato, el defecto del cumplimiento del deudor debe ser importante.

Para determinar cuándo el defecto es lo suficientemente grave para resolver el contrato debemos acudir a los conceptos manejados por la doctrina y jurisprudencia respecto de la entidad y características que debe revestir el incumplimiento para dar lugar a la resolución del contrato.

Vidal señala que el defecto es grave “*cuando hace desaparecer para el acreedor la utilidad que para él ese contrato –el incumplido– representa, sin perjuicio que subsista o no su interés en conseguir la realización de la prestación o, bien, le priva de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del mismo con tal que ese resultado haya sido previsible al tiempo de la celebración del contrato. Esta noción de defecto importante o grave se vincula con el incumplimiento resolutorio del artículo 1489 Código Civil. La doctrina y jurisprudencia reservan la resolución por inejecución para incumplimientos de cierta gravedad o entidad, limitando así el ejercicio de la facultad de resolver para aquellos casos en los que el incumplimiento incide en obligaciones esenciales o cuando en sí es grave*”.

5.4.2. ¿La ejecución forzada?

De las palabras de Gamarra parece desprenderse que si el acreedor rechaza la prestación el único remedio que tiene es la resolución del contrato, y para ello, como vimos, el defecto debe ser grave. Cabe preguntarse si el acreedor tiene derecho a rechazar la prestación y luego reclamar su ejecución forzada.

Como veremos en el siguiente apartado, uno de los remedios específicos del incumplimiento imperfecto es la rectificación de la prestación. Cuando el acreedor acepta la obra con defectos el deudor se libera de su obligación pero puede nacer luego otra pretensión del acreedor a la rectificación de la prestación imperfecta.²⁸

²⁸ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. 77.

La cuestión radica entonces en definir si este remedio especial desplaza la otra opción del art. 1431, la ejecución forzada específica.

5.4.2.4. *Trascendencia de la cuestión*

La respuesta que se le de a la pregunta arriba señalada no es meramente teórica, sino que tendrá efectos prácticos, particularmente en relación a los daños reclamables.

Como dijimos citando a Gamarra, la aceptación del acreedor de la prestación defectuosa libera al deudor de su obligación, sin perjuicio del derecho del acreedor de reclamar la rectificación o rebaja del precio y los daños. En este caso los daños indemnizables serán únicamente aquellos causados por el defecto que la cosa presente, los cuales probablemente sean de menor entidad de aquellos que causaría un incumplimiento total o grave del contrato.

La aceptación del acreedor de la prestación con defectos implica, además, que el deudor cumpla con su obligación en el plazo pactado, no incurriendo en incumplimiento temporal.

Si admitimos que el acreedor tiene derecho a rechazar la prestación defectuosa y luego reclamar su cumplimiento, hasta tanto el deudor cumpla de manera perfecta se devengarán daños moratorios, es decir, los daños causados por la demora en el cumplimiento, los cuales no existirían si el acreedor hubiere aceptado la prestación imperfecta. En caso de rechazo de la prestación, el deudor deberá cumplirla de manera exacta e indemnizar al acreedor todos los daños causados por la demora en el cumplimiento. Como vemos, la situación del deudor se ve agravada en esta hipótesis.

A los efectos de analizar esta cuestión, nos parece adecuado distinguir las situaciones en las que el defecto es grave, de aquellas en las que no lo es.

5.4.2.2. *Procedencia del rechazo de la prestación y posterior ejecución forzada en caso de defecto grave*

Cuando el defecto es grave y el acreedor no quiere aceptar la prestación, ¿la única solución es resolver el contrato, o puede también optar por solicitar su ejecución específica?.

Conforme a los principios generales, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede resolver el contrato o pedir su ejecución forzada, pero la resolución solo es posible cuando el incumplimiento es grave. Esto no implica que el incumplimiento grave no habilite a solicitar la ejecución forzada.

El art. 1431 consagra estas dos opciones a favor del acreedor en caso de incumplimiento del deudor, limitándose la opción de resolución a los casos de gravedad del incumplimiento.

Por su parte, el art. 1848 en sede de arrendamiento de obra cuyas soluciones se aplican en general para todo caso de incumplimiento imperfecto establece que si la obra no reúne las condiciones pactadas el obrero la tiene que ejecutar de nuevo, lo que Gamarra llama acción de rectificación, o reducir el precio, acción de reducción de la contraprestación. La norma regula la hipótesis de cumplimiento defectuoso desde el lado del deudor. Establece cuáles son las obligaciones de éste para reparar ese defecto. La norma no limita las opciones del acreedor a estas dos acciones, sino que establece estos dos deberes del obrero que se traducen en dos pretensiones diversas del acreedor que, obviamente ha previamente aceptado la obra, pero no lo obliga a aceptarla.

Consideramos que esta norma no impide la aplicación del art. 1431 para casos de incumplimiento imperfecto, y así lo dice Gamarra al incluir la resolución del contrato como uno de los remedios del acreedor en estas situaciones. Pero debemos ir más allá, no existe razón alguna que prive al acreedor de la segunda opción del art. 1431. Éste puede rechazar la obligación, ya que de acuerdo al art. 1458 no está obligado a recibir algo distinto a lo pactado, y luego reclamar su ejecución forzada.

No es lo mismo aceptar la prestación defectuosa liberando al deudor y luego reclamar su rectificación, que rechazarla y luego pedir su ejecución forzada.

En nuestra opinión, en caso de defecto grave es el acreedor el que decide qué remedio satisface mejor su interés. Es un derecho potestativo de éste reclamar en base al principio general del art. 1431, (resolver el contrato o ejecutarlo forzosamente) o en base a los remedios especiales previstos para el incumplimiento imperfecto (reducción de la contraprestación o rectificación de la prestación). Entendemos que si el defecto es grave el acreedor no tiene obligación de aceptar la prestación para luego reclamar su rectificación. El acreedor puede rechazarla y luego pedir su cumplimiento forzado.

En este sentido se pronuncia Vidal al expresar que: *“Los principios de la conservación de contrato y de la buena fe objetiva del art. 1546 del Código Civil obligan al acreedor a aceptar y conservar una prestación defectuosa o no conforme siempre y cuando el incumplimiento no sea grave habida cuenta su interés contractual. Si lo es, el acreedor podrá resolver el contrato o rechazar la prestación y exigir su sustitución”*²⁹.

²⁹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad

5.4.2.3- Procedencia del rechazo de la prestación y posterior ejecución forzada en caso de defecto no grave

Queda ahora por analizar aquellos casos en los que el defecto que presenta la prestación del deudor no es grave. ¿Puede en ese caso el acreedor rechazarla y pedir luego su ejecución forzada?

Quien ha estudiado este punto es Vidal respecto al derecho Chileno. Este autor entiende que si el defecto no es grave, el acreedor tiene la obligación de aceptar la prestación defectuosa en virtud del principio de conservación del contrato y buena fe. En sus propias palabras dice el autor que *“Esa falta de coincidencia o de conformidad a la que me refiero constituiría una forma de incumplimiento y, por consiguiente, abriría paso a los efectos que le son propios.*

Siendo así y pese a lo tajante de la disposición del artículo 1569, el acreedor debería conservar la prestación no conforme en la medida que ella sea igualmente idónea para la satisfacción de su interés, eso sí, sin perjuicio de su derecho a reclamar la indemnización de daños o, incluso, la reparación o corrección de la prestación imperfecta. Pero si la falta de coincidencia obsta definitivamente a la realización del interés del acreedor, este podría resolver el contrato ex art. 1489 Código Civil o exigir la sustitución de la prestación, siempre que sea procedente. Si el rechazo es infundado y el acreedor resuelve será él mismo, en su calidad de deudor, quien habrá incumplido el contrato, quedando sujeto a la consiguiente responsabilidad y al ejercicio de los restantes remedios de que dispone el acreedor afectado.

La regla de la identidad del pago se mantiene, solo se le da una lectura diversa. En las obligaciones con objeto fungible la identidad de la cosa o hecho viene determinada por su idoneidad para la satisfacción del interés de acreedor; de manera que el rechazo de una prestación que no coincida de manera plena debe justificarse precisamente en que ella no es apta para dicha satisfacción, o lo que es igual, que al acreedor se le está entregando una cosa distinta de la debida, sin que se le pueda obligar a recibirla, ni aun a pretexto de que sea de igual o mayor valor”.³⁰

Para ilustrar su posición el autor pone el siguiente ejemplo: En una compraventa entre una empresa –dedicada al armado de computadores y su venta posterior en el mer-

de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013)

³⁰ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013”

cado— (en adelante el comprador) y una importadora de partes y piezas necesarias para ese objeto (en adelante el vendedor), se conviene la entrega de placas madres, memorias, tarjetas de sonido y otros componentes, con designación de marca y especificaciones técnicas. El cumplimiento del vendedor se ve afectado por la falta de ejecución de su proveedor extranjero, siendo previsible que si espera el resultado de las gestiones extrajudiciales de cobro no cumplirá oportunamente su contrato. En esas circunstancias, el vendedor —actuando su deber de diligencia promotora del cumplimiento— celebra un negocio de remplazo con otro proveedor cuyo giro es la venta de partes y piezas de computadores de las mismas especificaciones que las prometidas al comprador, pero de una marca distinta, que no goza del mismo prestigio en el mercado que la originalmente pactada. Resulta entonces que las mercaderías son igualmente idóneas para satisfacer el interés del comprador, sin embargo, no coinciden plenamente con el programa inicial de prestación y seguramente ello afectará el precio final de las mercaderías que comercializará el comprador.³¹

Vidal explica que en este caso, si bien se trata de una obligación que las partes configuran como específica, de acuerdo con la regla contractual, la obligación es en realidad de objeto fungible y que por ello el vendedor cumple entregando las mercaderías de remplazo, aunque lo hace imperfectamente. El acreedor debe aceptar el cumplimiento, sin perjuicio de su derecho a indemnización del menor valor de las mercaderías y el lucro cesante que experimente en la venta final.

Continúa el autor diciendo que si las mercaderías de remplazo no reúnen sus especificaciones esenciales, el comprador legítimamente podría rechazarlas, solicitando otras en su remplazo o resolviendo el contrato, todo ello con indemnización de daños.³²

En relación a las obligaciones de objeto específico, Vidal sostiene que “el principio de la identidad del pago se comporta de la misma forma, con la salvedad que hay una sola cosa o hecho idóneo para satisfacer el interés del acreedor. Si el deudor ejecuta la prestación específica y lo hace imperfectamente, el acreedor se encuentra en la misma situación arriba descrita, se tendrá que conformar con la prestación imperfecta, a menos que el defecto sea de tal gravedad, que le autorice para rechazar la prestación o resolver el contrato. Con relación a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, hay regla expresa que así lo reconoce, me refiero al artículo 1590 CC que dispone sobre los deterioros de la cosa debida”.³³

³¹ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013).

³²

³³ VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile,

El art. 1590³⁴ a que hace referencia Vidal sería el equivalente de nuestro art. 1463 que dispone: “El deudor de especie determinada cumple con darla al plazo estipulado, en el estado en que se halle, con tal que no haya incurrido en mora ni el deterioro provenga de su hecho o culpa ni de las personas de que responde”.

Berdaguer, al igual que Vidal, refiere a esta norma como una excepción del principio de identidad aplicable al cumplimiento: “Una excepción al principio de identidad lo configuran las hipótesis en que el deudor está legalmente autorizado a restituir la cosa en el estado en que está, aún cuando ella haya resultado disminuida por el uso legítimo (...). En el mismo sentido, el art. 1463 autoriza al deudor de una cosa determinada a entregarla en el estado en que se halle, con tal que no sea responsable de los deterioros de la misma”.³⁵

Con el respeto que ambos autores nos merecen, no compartimos que estas normas sirvan de argumentos para lo que se discute. Esto es, si el acreedor está obligado a aceptar una prestación defectuosa cuando el defecto no es grave. Ambas normas, si bien están ubicadas en sede de cumplimiento, no son más que la consecuencia de lógica de la aplicación de la regulación de los riesgos que realiza el Código Civil.

No estamos, en nuestra humilde opinión, ante excepciones al principio de identidad que obliguen al acreedor a aceptar cosa distinta a la pactada. Sino que, en las obligaciones de dar, los riesgos del deterioro de la cosa son del acreedor, porque así lo dispone la ley. En efecto, el art. 1335 en sede de obligaciones de dar dispone: “La cosa aumenta, se deteriora o perece para el que la tiene que recibir, a no ser en los siguientes casos...”.

Es menester preguntarse si el deudor que cumple su prestación con un defecto no grave tiene derecho a liberarse lo que implicaría que el acreedor tiene la obligación (o deber según la posición que se adopte) de colaboración para permitir tal liberación mediante la aceptación de la prestación defectuosa. Entendemos que la respuesta debe ser negativa, porque el deudor tiene derecho a liberarse cuando quiere cumplir de manera perfecta y no cuando lo hace defectuosamente. En este sentido se pronuncia Berdaguer: “si el deudor

2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013).

³⁴ Art. 1590 Código Civil Chileno: “Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor.

En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie, o si el deterioro no pareciera de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios.

Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño”.

³⁵ BERDAGUER, Jaime, *Fundamentos del Derecho Civil*, T II, FCU, Montevideo, 2000, p. 213.

acredita haber realizado, en la forma debida, el ofrecimiento al acreedor y que la prestación no fue recibida (no consecución del resultado) deberá suponerse que el acreedor incumplió su obligación de cooperar, excepto que, a su vez, acredite la existencia de motivos legítimos que justifiquen la no recepción. Por ejemplo: inexactitud del cumplimiento ofrecido por el deudor....”³⁶

Como consecuencia de lo anterior el acreedor que no acepta la prestación defectuosa no incurre en mora credendi. No incumple su obligación de cooperar, porque como dijimos, tal obligación la tiene respecto del cumplimiento, y éste para ser tal debe ser exacto y no con defectos. No teniendo el deudor el derecho a liberarse cumpliendo defectuosamente, mal puede el acreedor caer en mora por no aceptar el cumplimiento inexacto.

En síntesis, conforme a las normas sobre cumplimiento: (i) el deudor no tiene derecho a liberarse cumpliendo defectuosamente; (ii) el deudor no puede liberarse mediante la oblación y consignación; (iii) el acreedor que rechaza un cumplimiento defectuoso no incumple con su obligación o deber de cooperar; (iv) el acreedor no cae en mora por no colaborar o aceptar un cumplimiento imperfecto.

5.4.3.4. Incidencia del principio de buena fe. La buena fe solidaria

Anteriormente vimos que no hay norma alguna que obligue al acreedor a aceptar la prestación con defectos no graves. A su vez, y como consecuencia lógica, el deudor no cuenta con ninguna acción legal que le permita liberarse coactivamente mediante la realización de una prestación con defectos.

Por tanto, corresponde ahora analizar si el deber de actuar de buena fe tiene alguna incidencia en la dilucidación de la cuestión planteada, y en caso afirmativo, de qué manera.

Gamarra, en su último libro sobre la buena fe refiere a una especie de buena fe poco tratada por nuestra doctrina y jurisprudencia, la que es estudiada especialmente por la doctrina italiana: la buena fe solidaria. Esta especie de buena fe supone deberes activos de las partes para proteger el interés de su co-contratante. La buena fe solidaria implica una obligación de salvaguardia del interés ajeno cuyo límite es el “apreciable sacrificio” del deudor, esto es, el deudor (del deber de actuar de buena fe) no está obligado más allá de un sacrificio pequeño, mínimo, insignificante.³⁷ Citando a Bianca, Gamarra maneja dentro de los ejemplos de esta

³⁶ BERDAGUER, Jaime, *Fundamentos del Derecho Civil*, T II, FCU, Montevideo, 2000, p. 516.

³⁷ GAMARRA, Jorge, *Buena Fe Contractual*, FCU, Montevideo, 2011, p. 46.

especie de buena fe el deber de tolerar que la contraparte modifique la contraprestación, la sustituya o la repare.³⁸

Consideramos que de acuerdo a lo anterior, podemos realizar la siguiente distinción a los efectos de encontrar una respuesta al problema que intentamos solucionar: prestación con defectos que suponen un sacrificio mínimo o insignificante para el acreedor y prestación cuyos defectos suponen un sacrificio mayor para éste.

En este sentido, si el defecto no es grave pero su aceptación supone un sacrificio que no sea pequeño o intrascendente, el acreedor tiene derecho a rechazar la prestación y luego pedir su cumplimiento forzado. Sin embargo, entendemos que no podrá reclamar los daños causados por la no aceptación del cumplimiento imperfecto ni por la demora en iniciar la acción de ejecución forzada.

Pongamos un ejemplo: el deudor arrendador debía entregar al acreedor arrendatario la casa pintada y limpia en una determinada fecha. Llegada la fecha pactada el arrendador cumple con entregar la casa limpia pero no pintada. La aceptación del acreedor para luego solicitar la rectificación supondría: (i) la liberación del deudor de su obligación de entregar la casa; (ii) exigibilidad del precio del arriendo; (iii) un sacrificio del acreedor importante como sería convivir con los pintores dentro de su hogar mientras la casa es pintada (rectificación de la prestación); (iv) derecho del acreedor a solicitar la indemnización de los daños causados por el incumplimiento imperfecto. En este caso, la incomodidad de convivir con los pintores.

En este caso, dado que el sacrificio es de una entidad relevante pero sin que el incumplimiento sea considerado grave, el acreedor podrá rechazar la prestación, y de esa manera no comenzar a pagar el alquiler hasta tanto la casa le sea entregada pintada, pero no podrá reclamar los daños derivados de la falta de aceptación, es decir, aquellos que se podrían haber evitado aceptando la prestación defectuosa, como el pago de un hotel o de otra casa durante los días que demoraren las obras. Consideramos que esto es así en virtud del deber del acreedor de mitigar daños. Sin perjuicio de ello, el deudor incumplidor no quedará impune ante su incumplimiento por cuanto no cobrará su contraprestación hasta tanto cumpla la suya, y deberá la pena en caso de que ésta se haya pactado y sea posible su acumulación con el cumplimiento por así haberse establecido expresamente en el contrato.

Por otra parte, en caso de que el defecto sea menor y que su aceptación implique un sacrificio mínimo al acreedor, el deber de actuar de buena fe lo obligará a aceptar la presta-

³⁸ GAMARRA, Jorge, *Buena Fe Contractual*, FCU, Montevideo, 2011, p. 46.

ción y luego solicitar su rectificación, permitiéndole al deudor la liberarse de su obligación. El acreedor no podrá, en esta hipótesis, rechazar eficazmente la prestación, sin perjuicio de su derecho a reclamar luego su corrección.

Siguiendo con el ejemplo anterior, supongamos que la casa debía entregarse amueblada con una serie de muebles listados en un inventario y que al momento de la entrega faltara una lámpara. La prestación estaría siendo cumplida de forma defectuosa, porque como dijimos, el cumplimiento debe ser exacto, debe haber identidad entre lo pactado y lo cumplido. Sin embargo, aceptar la casa sin la lámpara supone un sacrificio mínimo por parte del acreedor. El deber de actuar de buena fe obliga al acreedor a aceptar la prestación, liberar al acreedor, pagar el arriendo desde el día de la entrega. El acreedor tendrá luego el derecho de reclamar al deudor la entrega de la lámpara faltante.

En síntesis, para responder a la pregunta de si el acreedor está legitimado a rechazar el cumplimiento defectuoso para luego reclamar su ejecución forzada debemos tomar en consideración la entidad del defecto y el sacrificio que su aceptación supone para el acreedor. En efecto, si el defecto es grave³⁹ el acreedor podrá rechazar la prestación y reclamar luego su cumplimiento más daños y perjuicios moratorios; si el defecto no es grave, tendremos que analizar si su aceptación supone un sacrificio importante o mínimo por parte del acreedor. En el primer caso, el acreedor podrá rechazar la prestación y solicitar luego su cumplimiento no pudiendo reclamar los daños ocasionados por la no aceptación, y en el segundo caso la prestación no podrá ser rechazada por ser ello contrario al deber de actuar de buena fe, según el concepto de buena fe solidaria antes expuesto.

6.

OTROS REMEDIOS DEL INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO

6.1.LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LA CONTRAPRESTACIÓN

En sede de arrendamiento de cosas, el art. 1806 permite al arrendatario suspender el pago del arriendo en caso de impedimento temporal fortuito. Gamarra refiere a este remedio

³⁹ Aquí defecto grave se identifica con el concepto de incumplimiento grave que da lugar a la resolución del contrato.

como uno especial previsto para el arrendamiento y que consideramos puede ser aplicado por analogía a otros casos.⁴⁰

La norma dispone que *“Si por caso fortuito o fuerza mayor, el arrendatario es obligado a no usar o gozar de la cosa o que ésta no pueda servir para el objeto de la convención, el arrendatario podrá pedir la rescisión del contrato o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa”*.

7.

INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO Y EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

Cuando una de las partes ya cumplió su prestación y la otra incumplió, la parte cumplidora tiene a su disposición las opciones previstas en el art. 1431 para recuperar la prestación realizada: ejecución forzada del contrato o resolución del mismo cuando ello proceda.

Sin embargo, cuando ninguna de las partes haya cumplido con su prestación sinálgmática y el contrato no establece el deber de que una debe cumplir previamente, las partes tienen otra opción, actuar de forma defensiva y esperar que la contraparte reclame el cumplimiento de la prestación, y oponer la excepción de contrato no cumplido. La exceptio funciona como una causa de justificación del incumplimiento. Ninguna de las partes está obligada a cumplir si la otra no cumplió o no demuestra que está pronta para cumplir.⁴¹

Cuando el acreedor rechazó la prestación imperfecta por estar así legitimado conforme a todo lo expuesto anteriormente, claro está que puede oponer la excepción de contrato no cumplido conforme a los principios generales. Estamos aquí ante un caso de falta de cumplimiento como cualquier otro y el acreedor tiene a su disposición todos los medios de defensa previstos por la ley.

Ahora bien. ¿Qué sucede si el acreedor aceptó la prestación defectuosa del deudor y éste reclama el cumplimiento de la contraprestación?. Aquí no podemos hablar de excepción de contrato no cumplido porque si bien el deudor incumplió imperfectamente el contrato, lo cierto es que el acreedor recibió una prestación, y por tanto no podrá dilatar el cumplimiento de su contraprestación.

⁴⁰ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989, p. nota n° 17 in fine.

⁴¹ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVIII V2, FCU, Montevideo, 2006, p. 107.

Sin embargo, sí podrá el acreedor ampararse en la *exceptio non rite adimpleti contractus* por el resarcimiento del daño causado por el incumplimiento (aunque se hubiere aceptado la prestación) defectuoso.

En este caso la carga probatoria del acreedor es mayor porque debe probar que el cumplimiento fue imperfecto y además probar los daños que el mismo le causó.

Así lo sostiene también la jurisprudencia. El TAC 1º falló *“En el caso se invocó incumplimiento por inexactitud en la calidad de la cosa entregada, esto es, que se opuso la exceptio non rite adimpleti contractus y no la exceptio non adimpleti contractus, lo que implica una variación en la carga de la prueba. En efecto, en esta hipótesis era carga de la excepcionante (la demandada) acreditar dicha inexactitud o defecto en la cosa entregada...”*⁴²

Entendemos que además de oponer la excepción por los daños causados, también procede oponerla a los efectos de ejercer alguno de los otros dos remedios previstos para cuando el acreedor acepta la prestación defectuosa, la rectificación o la reducción de la contraprestación más daños y perjuicios.

En este sentido cabe citar una sentencia del TAC 4º donde se sostuvo que *“Estando demostrado que el actor no completó el trabajo convenido cuyo precio documentado en la factura aceptada reclamada en la especie corresponde que se ampare la alegación del demandado sobre el cumplimiento inexacto de la actora y declarar su derecho a deducir del precio reclamado en la especie en base a la factura del valor a la fecha de la misma de la prestación omitida o defectuosamente ejecutada (...) no obstante a esta conclusión que el demandado no hubiera reconvenido en virtud de la facultad del Oficio de aplicar el derecho que entienda corresponder a los hechos probados, y está probado, incluso por la confesión del accionante, que la demanda comprendía trabajos no llevados a cabo”*.⁴³

En este caso si bien parece ser que el demandado no dedujo formalmente la *exceptio*, la solución que da el Tribunal no es otra que permitirle a éste ampararse en la misma a los efectos de reducir el precio de la contraprestación debida.

Cabe preguntarse si la *exceptio* procede ante cualquier tipo de defecto o si el mismo debe ser grave de modo de configurar un incumplimiento grave.

Una sentencia del TAC 1º que confirmó una sentencia de Gutierrez se expresó sobre el punto. Se trataba de un caso donde el promitente vendedor demandó por resolución de contrato al promitente comprador quien opuso la excepción de contrato no cumplido basándose en la menor superficie real del entepiso del local prometido en venta respecto de la

⁴² TAC 1º, Sentencia N° 184, 26/7/2006, Salvo, Tobía, Vázquez, publicada en ADCU T XXXVII, FCU, Montevideo, 2007, p. 176.

⁴³ TAC 4º, Sentencia N° 37, 11/3/87, Alonso de Marco, Burella, Catalurda. Publicada en ADCU T XVIII, FCU, Montevideo, 1988, p. 153.

prevista. El Dr. Gutierrez rechazó la excepción en base a los siguientes argumentos: (i) debió ejercitarse la acción de reducción de precio; y (ii) que la excepción deducida no se ajustaba a la buena fe ya que fue opuesta para encubrir su propio incumplimiento (se trataba de un deudor en dólares en la época de la tablita), porque había manifestado que aun cuando se adecuaban las medidas del local, igualmente seguirá incumpliendo. Gamarra al comentar esta sentencia agrega que este caso pertenece a la *exceptio non rite adimpleti contractus* y que un incumplimiento que no es grave no habilita para alegar la excepción.⁴⁴

Entendemos que el acreedor que acepta un cumplimiento defectuoso está legitimado a ejercer los remedios especiales previstos por la ley como lo son la rectificación de la prestación o la reducción de la contraprestación. Recordemos que incluso hay casos en los cuales el acreedor está obligado por el deber de actuar de buena fe a aceptar prestaciones que presentan defectos mínimos pero aun en esos casos no precluye su facultad de reclamar la posterior rectificación o la rebaja del precio. Por tanto, creemos que a los efectos de establecer si procede o no la *exceptio* no corresponde analizar la gravedad del defecto sino si la actitud pasiva del acreedor es o no de buena fe.

Ante un defecto mínimo que el acreedor aceptó, no parece ser de buena fe asumir una conducta pasiva y esperar que el deudor reclame para oponer la *exceptio* y así ejercer algunos de los remedios que tenía a su disposición. Por ello, no procede la *exceptio* cuando el acreedor la deduce actuando de mala fe, como en el caso citado anteriormente.

Habrà de analizarse cada caso concreto, pero no consideramos que sea la entidad del defecto la que defina cuando procede la *exceptio*. Por ejemplo, si el reclamo del deudor se presenta de forma inmediata al cumplimiento defectuoso sin que el acreedor haya tenido si quiera tiempo de reclamarle la rectificación o la rebaja del precio, entendemos que no sería justo privarle al acreedor de estos remedios por el solo hecho de que los defectos no eran graves, ya que no olvidemos que él tenía derecho a recibir la prestación debida.

8.

INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO Y CLÁUSULA PENAL

Conocidos son todas las cuestiones que la regulación de la cláusula penal en nuestro Código origina debido a la multiplicidad de fuentes en la que se basa y tal dificultad inter-

⁴⁴ LJU, T 93, caso 10.060, Civ. 7°, Gutiérrez, 7/12/1984, TAC 1°, 29/12/1985, Maraboto, Pereira Núñez de Balestrino, Parga Lista, publicado en ADCU T XVII, FCU, Montevideo, 1987, p. 151.

pretativa no es ajena al objeto de este trabajo. Como es sabido, ha sido y es discutida por la doctrina la procedencia del prorrateo de la pena pactada por las partes en caso de cumplimiento parcial, cuándo corresponde realizar tal prorrateo y si la norma que dispone dicha regla es derogable por la autonomía de la voluntad.

En cuanto al tema que nos ocupa, interesa estudiar la aplicación de la cláusula penal a los casos de incumplimiento imperfecto analizando los efectos de la misma en cada uno de los remedios referidos en los anteriores capítulos.

8.1. LA REGLA DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA. INCIDENCIA EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO IMPERFECTO

El art. 1370 del Código Civil dispone que “Cuando la obligación principal se haya cumplido en parte, la pena se pagará a prorrateo por lo no ejecutado”.

Al referirnos al incumplimiento imperfecto, nos referimos a que el deudor cumplió o intentó cumplir cualitativa o cuantitativamente “en parte” la obligación principal, por lo que esta norma es el punto central de nuestro estudio acerca de la aplicación de la pena en los casos de incumplimiento imperfecto. El punto a resolver en primer lugar es si la pena es aplicable en casos de incumplimiento imperfecto y en segundo término, cuándo es procedente la regla de la proporcionalidad prevista en la norma citada.

Se ha discutido en doctrina, entre otras cosas, cuál es el cumplimiento parcial a que refiere el art. 1370.

Por un lado, Gamarra⁴⁵ señala que el cumplimiento parcial al que refiere la norma es el cumplimiento previsto en el art. 1459 del CC. Esto es, cuando a pesar de no estar prevista la divisibilidad del pago en el contrato, el acreedor por su propia voluntad acepta un pago parcial en la etapa de ejecución. De esta manera, la norma no incluye los casos en que la divisibilidad del pago esta prevista en el contrato, como sería la hipótesis del pago del precio en cuotas, y que el deudor paga algunas y luego incumple el contrato por dejar de pagar las siguientes. En esta última situación el acreedor está obligado a recibir el pago de forma divisible y no puede resistirse.

En la posición antagónica se encuentra Carnelli⁴⁶ quien considera que el cumplimiento al que refiere el art. 1370 abarca las dos situaciones diferenciadas por Gamarra. Para este autor, el Art. 1370 comprende la situación en que se dividió el cumplimiento en el contrato como

⁴⁵ GAMARRA, Jorge, “Dos estudios de jurisprudencia: plazo de gracia y cláusula penal”, *ADCUT* XVII, FCU, Montevideo, 1987, p. 249 y siguientes.

⁴⁶ CARNELLI, Santiago, “La cláusula penal”, *ADCUT* XXX, FCU, Montevideo, 2000, p. 782 y ss.

aquella en la que el acreedor admitió el cumplimiento a pesar de no estar obligado a hacerlo (art. 1459). Señala el autor que a diferencia del Código Civil argentino, que limita la aplicación de la regla de la proporcionalidad en caso de pagos parciales aceptados por el acreedor, nuestro CC no restringió el prorrateo a esos casos. El fenómeno del cumplimiento parcial se da en ambas situaciones, cuando se acuerda la división en el contrato y cuando el incumplimiento se pactó indivisible y el acreedor acepta recibir parte del cumplimiento.

Sin perjuicio del interés que la anterior discusión tiene, a los efectos de este trabajo la misma es intrascendente por cuanto, como se dijo al inicio, el incumplimiento imperfecto se configura cuando el deudor cumple en el momento debido pero de manera defectuosa. Por tanto, cuando el pago divisible está previsto en el propio contrato y el deudor cumple una parte y otra no, no estamos ante un incumplimiento imperfecto, sino ante un incumplimiento temporal o definitivo según corresponda. Es decir, por ejemplo, si se pactó el pago en cuotas y el deudor pagó algunas y otras no, el incumplimiento no es imperfecto o defectuoso, es temporal por cuanto no se pagaron las cuotas en el plazo pactado.

Ambos autores concuerdan en que el art. 1370 es aplicable cuando el acreedor aceptó un pago parcial sin estar obligado a ello por el contrato, y es esta la situación que nos ocupa. Cuando el acreedor acepta la prestación defectuosa.

Consideramos entonces que, cuando el deudor cumple imperfectamente y el acreedor lo acepta por su propia voluntad o por estar obligado a ello en virtud del principio de buena fe, se aplica la regla de la proporcionalidad de la pena. El acreedor que acepta el cumplimiento defectuoso tiene entonces además de la acción rectificatoria o la de disminución de la contraprestación, el derecho al cobro de la multa en proporción a lo no ejecutado. Como dice Gamarra *“la pena se debe en caso de falta de cumplimiento (art. 1363); si hay cumplimiento parcial, por lo que atañe a la parte en que la obligación fue cumplida, de incumplimiento no puede hablarse. El art. 1370 resulta entonces el corolario lógico del art. 1363: la pena se pagará a prorrata por lo no ejecutado”*⁴⁷. Cabe precisar que, en nuestra opinión, cuando se opte por la rectificación de la prestación, el acreedor tendrá derecho a la pena siempre que se haya pactado la acumulación con el cumplimiento de la obligación, conforme al art. 1367 del CC.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el acreedor legítimamente rechaza el cumplimiento defectuoso?

Anteriormente vimos que existen situaciones en las que el acreedor está legitimado a rechazar la prestación defectuosa y reclamar la resolución del contrato (cuando la entidad del

⁴⁷ GAMARRA, Jorge, “Dos estudios de jurisprudencia: plazo de gracias y cláusula penal” *ADCU* T XVII, FCU, Montevideo, 1987, p. 250.

defecto así lo permita) o su ejecución forzada. En estos casos, ¿La intención del deudor de cumplir defectuosamente debe ser tomada en cuenta para aplicar el art. 1370?

La doctrina ha discutido la procedencia del prorrateo de la cláusula penal en caso de resolución del contrato, pero tal discusión nos es también ajena porque refiere a la hipótesis del pago parcial cuando éste se encuentra pactado en el contrato. En este sentido, Caumont y Mariño⁴⁸, entienden que el art. 1370 procede cuando el cumplimiento parcial del deudor permanece en el patrimonio del acreedor, por lo que es imposible su aplicabilidad cuando lo cumplido debe ser restituido en virtud de la resolución del contrato. Si procede la resolución del contrato es porque el incumplimiento del deudor es grave. Esto es, el juez al evaluar el comportamiento del deudor concluye que el incumplimiento es de mayor entidad cualitativa y cuantitativa que el cumplimiento, lo que amerita la resolución del contrato. Determinar entonces la resolución del contrato significa enervar por completo los efectos de aquel cumplimiento parcial del deudor⁴⁹.

Carnelli ha sostenido la posición opuesta a la de los autores antes citados en reiteradas oportunidades.⁵⁰ El autor aboga por el prorrateo de la pena aun en caso de resolución del contrato por entender que no es legítimo que la aplicación de esta regla sea limitada por el intérprete a las situaciones en las que no se verifica el efecto restitutorio del cumplimiento parcial porque ello carece de fundamento dogmático y viola lo dispuesto en el art. 1370 del CC⁵¹.

Decimos que esta discusión no es aplicable a nuestro objeto de estudio por cuanto, si estamos hablando de la resolución del contrato es porque el acreedor no aceptó el cumplimiento defectuoso y consecuentemente ningún cumplimiento se puede haber verificado. El acreedor está legitimado a rechazar la prestación defectuosa y si tal defecto es lo suficientemente grave puede reclamar la resolución del contrato. En este caso no recibió cumplimiento alguno, no hay nada que restituir, por lo que la pena se debe íntegra, siendo intrascendente la voluntad del deudor de cumplir defectuosamente por cuanto dicha voluntad no recibe tutela

⁴⁸ CAUMONT, Arturo y MARIÑO, Andrés, "Fundamentos de irreductibilidad de la pena civil en caso de resolución de contrato por incumplimiento", *ADCUT* XVII, FCU, Montevideo, 1987, p. 288 y ss, "Sobre la imposibilidad de prorratear la cláusula penal y el cumplimiento parcial del deudor cuando éste provoca la resolución total del contrato. A propósito de la reapertura del debate en Uruguay", *ADCUT* XXXI, FCU, Montevideo, 2001, p. 635 y ss, "La pena pactada para sancionar el incumplimiento es irreductible en caso de resolución total del contrato", *ADCUT* XXXIII, FCU, Montevideo, 2003, p. 501 y ss.

⁴⁹ GAMARRA comparte esta posición. "Dos estudios de jurisprudencia: plazo de gracias y cláusula penal" *ADCUT* XVII, FCU, Montevideo, 1987, p. 250.

⁵⁰ CARNELLI, Santiago, "La cláusula penal", *ADCUT* XXX, FCU, Montevideo, 2000, p. 782 y ss, "Proporcionalidad del monto de la pena convencional, con función punitiva, a la entidad del incumplimiento", *ADCUT* XXXII, FCU, Montevideo, 2002, p. 625 y ss.

⁵¹ CARNELLI, Santiago "Proporcionalidad del monto de la pena convencional, con función punitiva, a la entidad del incumplimiento", *ADCUT* XXXII, FCU, Montevideo, 2002, p. 636.

alguna por nuestro derecho. No hay siquiera lugar para discutir la procedencia del prorrateo. No hay cumplimiento parcial, no se aplica la regla del art. 1370.

Lo mismo sucede si hablamos de las situaciones en las que el acreedor rechaza la prestación y luego reclama la ejecución forzada. En estos casos, tampoco existe cumplimiento parcial. El acreedor no tiene en su patrimonio la prestación del deudor ni siquiera en parte o con defectos. Por tanto, la obligación principal no fue cumplida en parte, sino incumplida y por ello el acreedor ejerció su derecho a reclamar la ejecución del contrato.

En estos casos entonces, la pena se aplicará y de manera íntegra si se pactó su acumulación con el cumplimiento, de acuerdo a lo establecido por el art. 1367 del CC.

En resumen:

- 1) La pena se debe íntegra cuando el acreedor rechaza legítimamente la prestación defectuosa. Cuando se reclama la ejecución forzada es necesario que esté pactado el cúmulo de la pena con el cumplimiento para que el acreedor tenga derecho a reclamarla.
- 2) Cuando el acreedor acepta la prestación defectuosa tiene derecho a la pena en proporción a lo no cumplido conforme al art. 1370. Si el acreedor solicita la rectificación de la prestación solo podrá reclamar la pena si se pactó el cúmulo con el cumplimiento.

CONCLUSIONES

El incumplimiento imperfecto es una categoría especial de incumplimiento y como tal no se identifica con ninguna de las otras dos clases de incumplimiento, temporal y definitivo, teniendo por tanto su propio régimen jurídico.

A pesar de la asiduidad con que se presentan situaciones de incumplimiento imperfecto en la práctica, la doctrina ha tenido un tanto abandonado el tema, por lo que ameritaba un estudio organizado del mismo.

Los remedios previstos para el incumplimiento imperfecto son más amplios que los remedios establecidos en el art. 1431 del CCU para el incumplimiento definitivo y temporal. En efecto, el acreedor cuyo deudor cumple defectuosamente su prestación puede en principio aceptar o rechazar tal cumplimiento. Si lo rechaza puede pedir la resolución del contrato o su ejecución forzada. Si lo acepta, puede luego pedir la rectificación de la prestación o la disminución de su contraprestación. A veces, en virtud del principio de buena fe, el acreedor deberá aceptar la prestación defectuosa, manteniendo igualmente el derecho de pedir su rectificación o de disminuir su contraprestación en proporción.

BIBLIOGRAFÍA

- BERDAGUER, Jaime, *Fundamentos del Derecho Civil*, Tomo II, FCU, Montevideo, 2000.
- CARNELLI, Santiago, “Función y ubicación de la mora del deudor”, ADCU T XXIII, FCU, Montevideo, 1993
- “La cláusula penal”, ADCU T XXX, FCU, Montevideo, 2000
- “Proporcionalidad del monto de la pena convencional, con función punitiva, a la entidad del incumplimiento”, ADCU Tomo XXXII, FCU, Montevideo, 2002
- CAUMONT, Arturo y MARINÑO, Andrés, “Fundamentos de irreductibilidad de la pena civil en caso de resolución de contrato por incumplimiento” ADCU T XVII, FCU, Montevideo, 1987
- “Sobre la imposibilidad de prorratear la cláusula penal y el cumplimiento parcial del deudor cuando éste provoca la resolución total del contrato. A propósito de la reapertura del debate en Uruguay”, ADCU T XXXI, FCU, Montevideo, 2001
- “La pena pactada para sancionar el incumplimiento es irreductible en caso de resolución total del contrato”. ADCU T XXXIII, FCU, Montevideo, 2003
- DE CORES, Carlos, “Responsabilidad Contractual por incumplimiento defectuoso”, ADCU, T XL, FCU, Montevideo, 2010
- GAMARRA, Jorge, *Buena Fe Contractual*, FCU, Montevideo, 2011.
- “Dos estudios de jurisprudencia: plazo de gracia y cláusula penal”, ADCU T XVII, FCU, Montevideo, 1987
- Responsabilidad contractual*, T I, FCU, Montevideo, 1996
- Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVIII, FCU, Montevideo, 2006.
- Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T XVII, FCU, Montevideo, 1989
- Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T III V 2, FCU, Montevideo, 2009.
- GAMARRA, Raúl, *Obligaciones y Cuasicontratos*, FCU, Montevideo, 2009.
- VIDAL, Álvaro, “Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 34, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ciudad de Chile, 2007, p. 41 - 59, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000100004&script=sci_arttext,29/4/2013).